

N.F. Nº - 018938.0070/19-5
NOTIFICADO - SAFILO DO BRASIL LTDA
NOTIFICANTE - ÂNGELA MUTTI FERREIRA DA SILVA
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06.11.2020

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0353-06/20NF-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE EXISTÊNCIA DE VÍCIOS INSANÁVEIS. SÚMULA DO CONSEF 01/02. Inexiste no processo memória de cálculo que possibilite ao contribuinte saber qual foi o método empregado para a apuração do valor do imposto cobrado, configurando ofensa no princípio da ampla defesa e do contraditório. Instância única. Notificação Fiscal NULA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A Notificação Fiscal em epígrafe, lavrada em 24/04/2019, exige do Notificado ICMS no valor histórico de R\$19.705,57, mais multa de 60%, equivalente a R\$11.823,34, perfazendo um total de R\$31.528,91, em decorrência do cometimento da seguinte infração:

Infração 01 – 62.01.02: Remetente e ou prestador localizados em outra unidade da federação, inclusive o optante pelo simples nacional, que não efetuou o recolhimento do ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na EC nº 87/15, nas saídas de mercadorias, bens e serviços destinados a consumidor final – contribuinte ou não – localizado neste Estado.

Enquadramento Legal: inciso IV do art. 2º; Inciso II do § 4º do art. 2º; § 7º do art. 15 e art. 49-B da Lei 7.014/96 c/c art. 99 do ADCT da CF/88; acrescido pela EC nº 87/2015; e Convênio ICMS 93/15.

Tipificação da Multa: Alínea “a” inciso II do art.42 Lei 7.014/96 do Estado da Bahia.

A Notificante assim descreveu os fatos que motivaram a lavratura da Notificação Fiscal:

“Falta de retenção e recolhimento do ICMS diferencial de alíquota na qualidade de não contribuinte sobre mercadorias que constam nos DANFE nº 200.779; 197433; 196.750, emitido pela empresa acima citada com CNPJ nº 03.088.271/0001-39 e destinada Ângelo Costa Representações Ltda, (INAPTO na Receita Federal no ato da apreensão conforme DOC em anexo) não contribuinte neste estado ou consumidor final. Conforme EC nº 87/2015, LEI ESTADUAL 13.373/2015 e CONVÊNIO ICMS nº 93/2015 AWB 12766753120. Esse Termo de Apreensão substitui o de nº 0189381047/19-7 em virtude de ter sido lavrado com o CNPJ nº 010.905019/0001-30 quando deveria ter sido com o CNPJ nº 03.088.271/0001-39.”

Constam no processo os seguintes documentos:

Termo de Apreensão nº 0189381067/19-8 (fl.03); Termo de Apreensão nº 0189381047/19-7 (fl. 04); Comprovante de Inscrição CNPJ (fl.05) de Ângelo Costa Representações Ltda (fl.05); Manifesto da GOLLOG nº 12766753120; DANFE nº 200.779 (fl.07); cópia de Mandado de Segurança nº 8012835-02.2019.8.05.0001 (fls. 10 a 12).

Inicialmente, cumpre sublinhar que o presente relatório atende às premissas estatuídas no inciso II do art. 164 do RPAF-BA/99, sobretudo quanto à adoção dos critérios da relevância dos fatos e da síntese dos pronunciamentos dos integrantes processuais.

O Notificado, através de Advogado, apresenta peça defensiva com anexos, às fls. 16 a 53, iniciando sua defesa com uma síntese da ação fiscalizatória que motivou a lavratura da Notificação Fiscal e a descrição da legislação hipoteticamente infringida pela Impugnante.

Informa que diferente do quanto alegado pelo preposto fazendário, as mercadorias que foram objeto da autuação apenas entraram no Estado para demonstração, sem intuito de venda, e, sendo posteriormente devolvidas ao estado de origem, não havendo, portanto, a ocorrência do fato gerador do ICMS, cabe destacar que a autuação encontra-se equivocada, devendo, portanto, ser revista, consoante as razões de direito a seguir perfiladas.

Diz que conforme preconiza a legislação tributária, deverá o auto de infração identificar o infrator, descrever a infração com clareza, indicar os dispositivos legais dados por infringidos e capitular a penalidade, conforme determina o artigo 39 do Decreto 7.629/99, contudo, verifica-se que o preposto fazendário lavrou o presente auto de infração sem qualquer base legal ou prova robusta acerca da circulação jurídica das mercadorias apreendidas, imputando lançamento tributário com base em mera presunção de que as mercadorias enviadas para demonstração, em verdade, seriam destinadas à consumidor final, a presunção é mera opinião baseada numa suspeita, sem qualquer fundamento objetivo, onde a prática de algum fato gerador ou perpetração de infração não se presume, requer prova irrefragável, onde não havendo relação comprovada, não há que se falar em desrespeito à legislação tributária. No caso em tela, o preposto fazendário realizou o lançamento tributário contra a Impugnante alegando, fundamentalmente, a incidência do ICMS na operação realizada, com base em uma presunção de que os produtos fiscalizados seriam vendidos ao consumidor final sem qualquer documento comprobatório que demonstre que os produtos fiscalizados seriam objetos de venda ao consumidor final.

Desta forma, a presente autuação possui vícios formais insanáveis, quando o agente público lançou débito tributário sem comprovar efetivamente o fato gerador, baseando-se apenas em mera presunção, sem base legal para tanto.

Diz que a legislação tributária permite que o contribuinte realize a remessa de produtos ou mercadorias para potenciais clientes sem a incidência de tributos para demonstração/mostruário com o intuito de permitir que o destinatário possa testar e conhecer a qualidade da mercadoria para que, assim, possa requisitar a compra do produto ou não, neste caso não há aquisição dos produtos demonstrados, não havendo transferência de titularidade, pressuposto essencial para a incidência do citado tributo.

Destaca que o próprio Conselho Nacional de Política Fazendária (CONFAZ), aprovou em dezembro de 2016, o ajuste SINIEF nº 20/16, determinando que para mercadorias destinadas à demonstração e mostruário não há destaque do ICMS, ou seja, sem exigência de ICMS, com vigência a partir de 1º de janeiro de 2017, não há portanto, base legal para o lançamento fiscal em questão.

Reforça que, ainda que ultrapassadas as premissas esposadas acima, é necessário pontuar que as multas impostas ao contribuinte são totalmente desarrazoadas e desproporcionais, configurando verdadeiro efeito de confisco, existem no direito tributário as multas moratórias, para caso de algum atraso no pagamento de um tributo por algum contribuinte, e as multas punitivas, que, como o nome diz, visam punir o contribuinte que venha a desrespeitar alguma norma tributária. Partindo deste pressuposto, a legislação estadual vem penalizando o contribuinte multas aplicadas em valor equivalente ao dobro ou até o triplo do valor do tributo devido, o que, viola sobremaneira direitos fundamentais do contribuinte.

Em razão dos argumentos acima destacados devem a presente autuação ser julgada improcedente.

VOTO

A Notificação Fiscal em lide exige ICMS do Notificado no valor histórico de R\$19.705,57 e é composta de 01 (uma) Infração detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Em preliminar, entendo pertinente registrar que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos, dentre outros princípios, o da verdade material, da legalidade, da garantia de ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)”

Na sua justificação, o Notificado informa que diferente do quanto alegado pelo preposto fazendário, as mercadorias que foram objeto da autuação apenas entraram no Estado para demonstração, sem intuito de venda, e, sendo posteriormente devolvidas ao estado de origem, não havendo, portanto, a ocorrência do fato gerador do ICMS, cabe destacar que a autuação encontra-se equivocada, devendo, portanto, ser revista.

Diz que a legislação tributária permite que o contribuinte realize a remessa de produtos ou mercadorias para potenciais clientes sem a incidência de tributos para demonstração/mostruário com o intuito de permitir que o destinatário possa testar e conhecer a qualidade da mercadoria para que, assim, possa requisitar a compra do produto ou não, neste caso não há aquisição dos produtos demonstrados, não havendo transferência de titularidade, pressuposto essencial para a incidência do citado tributo..

Do exame das peças processuais, observo a existência de vícios jurídicos intransponíveis relativos à legalidade do lançamento, que é um ato vinculado, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação, observando o devido processo legal.

Ao analisar a documentação que faz parte do processo, verifico uma questão de suma importância para o deslinde da matéria, qual seja a inexistência nos autos, memória de cálculo que possibilite ao contribuinte saber qual foi o método empregado para a apuração do valor do imposto cobrado, configurando ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Esse vício torna insegura a exigência fiscal, maculando de nulidade a Notificação Fiscal, haja vista que deveria o Notificante explicitar de forma clara e objetiva, como obteve o valor do imposto cobrado, conforme disposto na Súmula nº 1 do CONSEF, abaixo transcrita. Registre-se que esta nulidade absoluta do lançamento, independe de provocação das partes.

“SÚMULA CONSEF Nº 01 ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. É nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo”.

Logo, tal omissão se constitui de forma cristalina em cerceamento do direito de defesa do contribuinte, que embora não tenha invocado tal fato em seu proveito, leva o julgador a suscitar de ofício. Este entendimento se encontra pacificado no âmbito deste Conselho, sendo diversas as decisões no sentido da nulidade do feito ante tal fato, diante de tais constatações, e conforme dispõe o art. 18, II do RPAF-BA/99, considero que o lançamento é nulo, não sendo possível adentrar no mérito da lide.

Nos termos do art. 21 do RPAF-BA/99, recomendo à autoridade fazendária da circunscrição fiscal do notificado que analise a possibilidade de renovação do procedimento, a salvo de falhas e incorreções.

De tudo exposto, voto pela NULIDADE da Notificação Fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULA**, em instância única, a Notificação Fiscal nº **018938.0070/19-5**, lavrada contra **SAFILO DO BRASIL LTDA**.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2020.

JOSÉ CARLOS COUTINHO RICCIO – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

EDUARDO DUTRA FREITAS – JULGADOR